



De la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant dans la politique de concurrence européenne: quelles conséquences sur les libertés économiques?

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. De la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant dans la politique de concurrence européenne: quelles conséquences sur les libertés économiques?. Potvin-Solis Laurence et Ueda Hiromi. Economie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie, Editions de la Chaire Jean Monnet Université de Lorraine, pp.181-204, 2012. <halshs-00719094>

HAL Id: halshs-00719094

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00719094>

Submitted on 10 Apr 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

De la notion de responsabilité particulière de l'opérateur dominant dans la politique de concurrence européenne:

Quelles conséquences sur les libertés économiques¹ ?

Frédéric MARTY

Chargé de recherche CNRS

(UMR 6227 – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis)

Chercheur affilié OFCE – Sciences Po. Paris

Dans deux contentieux relatifs à des stratégies de compression de marges mises en œuvre à l'encontre de fournisseurs d'accès Internet, par un opérateur verticalement intégré contrôlant la boucle locale, Linkline² et Deutsche Telekom³, la Cour Suprême des Etats-Unis et la Cour de Justice de l'Union Européenne ont pris des décisions, en 2009 et 2010, diamétralement opposées⁴.

La compression des marges (ou ciseau tarifaire) correspond à une situation dans laquelle un opérateur verticalement intégré vend à l'un de ses concurrents sur le segment de marché aval un intrant essentiel qu'il est le seul à produire en amont. En matière de télécommunications, il peut s'agir d'un accès à la boucle locale, indispensable aux fournisseurs d'accès Internet pour concurrencer l'opérateur historique sur ses activités aval. La compression de marges désigne la situation dans laquelle, le prix du bien amont empêche l'exercice d'une concurrence effective sur le marché aval. Dans le cadre de la jurisprudence concurrentielle européenne, une situation de compression des marges est caractérisée dès lors que la filiale aval de l'opérateur intégré ne pourrait pas opérer autrement qu'à pertes ou dans des conditions de rentabilité dégradées, si elle se voyait imposer les mêmes niveaux de prix amont que ceux qui sont imposés aux concurrents. En d'autres termes, un ciseau tarifaire correspond soit à la situation dans

¹ Une première version de ce texte a été présentée à l'Institut Régional d'Administration de Metz en mars 2011 dans le cadre du colloque *Economie de marché, droits et libertés et valeurs communes en Europe et en Asie*, co-organisé par la Chaire Jean Monnet de l'Université Paul Verlaine de Metz et l'Université Asia-Tokyo.

L'auteur tient à remercier chaleureusement Patrice Bougette (GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis) pour la pertinence de sa relecture.

² US Supreme Court, *Pacific Bell Telephone Co. D/B/A AT & T California v. LinkLine Communications, Inc.* et al., n° 07-512, 25 févr. 2009

³ Cour de Justice, 14 octobre 2010, aff. C-280/08P, *Deutsche Telekom AG c Commission*.

⁴ Grimes W. S., (2010), "U.S. Supreme Court Rejects Price Squeeze Claim: A High Point for Divergence between US and European Law?", *Southwestern Law School Working Paper*, No. 1024, August.

laquelle le prix amont plus les coûts de l'activité aval dépassent le prix de marché aval, soit au cas où l'écart est à un niveau trop faible pour exercer son activité dans des conditions de rentabilité normales⁵.

Les traitements divergents de part et d'autre de l'Atlantique de tels abus d'éviction mettent en relief les différences de vues existantes quant à la mise en œuvre des politiques de concurrence en matière de pratiques unilatérales. Le cœur des divergences entre l'Antitrust américain et la politique de la concurrence européenne se situe indubitablement dans la mise en œuvre de la section 2 du Sherman Act et de l'article 102 du TFUE⁶. Notre propos dans cet article est de montrer, à partir de ces cas des stratégies de compression des marges, que l'une des clés de cette opposition tient au concept de responsabilité particulière de l'opérateur dominant vis-à-vis d'une structure de concurrence effective, concept spécifique au droit de la concurrence européen.

A cette fin, nous nous attachons, dans une première partie, à la présentation de cette notion et à la mise en évidence de son importance dans le cadre de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence européennes, en insistant notamment sur ses fondements théoriques. Après avoir mis en exergue l'origine de cette notion de responsabilité particulière, tenant à la pratique décisionnelle de la Cour de Justice, nous dégagons, en deuxième partie ses conséquences en termes de mise en œuvre des règles de concurrence, au travers des notions de régulation asymétrique de la concurrence et de mesure des effets des pratiques. Nous évaluons l'impact de facteurs modérateurs, tels la notion du concurrent *aussi efficace* ou celle de *l'absence d'effets*. Dans notre troisième partie, nous essayons de caractériser les fondements théoriques de ces divergences de vues entre les politiques de concurrence européenne et américaine. Nous montrons tout d'abord que si des facteurs institutionnels, procéduraux et historiques peuvent expliquer une bonne part de ces dernières, le cadre économique sous jacent constitue l'une des sources majeures de divergences. En effet, entre les deux risques symétriques de toute décision de justice en général, innocenter un coupable à tort ou condamner un innocent à tort, les deux autorités ne font pas un même arbitrage. Si les américains considèrent que le coût économique du faux négatif dépasse celui du faux positif, les autorités européennes forment l'anticipation inverse. Une éviction d'un concurrent peut produire des effets irréversibles. Le dommage concurrentiel ne serait plus transitoire mais définitif. Il s'agit donc d'expliquer les fondements d'une telle spécificité européenne qui conduit à considérer avec une méfiance particulière les pratiques de marché des

⁵ A l'instar de la théorie des facilités essentielles, l'origine de la théorie du ciseau tarifaire est à rechercher dans la pratique décisionnelle des tribunaux américains. Il s'agit en l'occurrence de l'arrêt de la Cour d'appel du Second Circuit, *Alcoa* (United States v Aluminium Co of America, 148 F.2d, 416, 437-438, 1945). Le juge Learned Hand considéra qu'un fournisseur d'une matière première essentielle en situation de monopole ne devait pas fixer un prix empêchant les firmes du segment aval d'exercer leur activité sans dégager un niveau de profit suffisamment raisonnable pour garantir son maintien sur le marché (*living profit*).

⁶ Pour une synthèse, voir :

Paulis E., (2010), "Abuses of dominant position and monopolization: conclusions of the major debates in the EU and USA", in Mateus A.M. and Moreira T., (eds.), *Competition Law and Economics – Advances in Competition Policy Enforcement in the EU and North America*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 161-168.

opérateurs dominants, eu égard aux risques que celles-ci peuvent induire sur la concurrence. Nous montrons qu'il peut s'agir d'un témoignage de la prégnance d'une approche ordo-libérale, notamment dans le cadre de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice, conduisant à protéger le processus de concurrence en lui-même (conçu en termes d'accès des concurrents au marché) plus que le seul résultat du processus de marché en lui-même, à savoir la maximisation du bien-être du consommateur, laquelle constitue le seul critère de décision et le seul objectif de la politique de concurrence dans une perspective plus influencée par l'Ecole de Chicago.

I – Une notion issue de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice

L'arrêt Deutsche Telekom d'octobre 2010 en matière de compression des marges est intéressant à un double titre⁷.

Tout d'abord, la Cour de Justice reconnaît la compression de marges comme un abus de position dominante en lui-même, résultant directement de l'écart entre les prix amont et aval. La Cour Suprême avait considéré dans Linkline que la compression de marges ne pouvait constituer en elle-même une violation de la section 2 du Sherman Act. Pour cette dernière, l'opérateur verticalement intégré ne pouvait violer les lois Antitrust que s'il était établi qu'il avait fixé un niveau de prix amont excessif vis-à-vis d'une obligation de donner accès à la boucle locale imposée au titre de l'Antitrust, ou qu'il avait mis en œuvre des prix prédateurs. La Cour Suprême a répondu par la négative pour les deux motifs. D'une part, l'obligation de donner accès à la boucle locale répondait à une obligation de régulation sectorielle et non à une obligation liée à la mise en œuvre des règles de concurrence⁸. Il est d'ailleurs à noter qu'*a priori* un opérateur dominant peut, selon la jurisprudence américaine, contracter avec qui bon lui semble dans des conditions librement déterminées. Pour le second point, il apparaît que les conditions de caractérisation de prix prédateurs est extrêmement restrictive du fait des critères issus de l'arrêt Brooke de 1993⁹. Il est en effet nécessaire dans ce cadre de montrer que les prix de l'opérateur sont effectivement inférieurs à ses coûts et qu'il a une *chance sérieuse* de récupérer ses pertes initiales en seconde période, lorsque l'éviction de ses concurrents sera effective. Symétriquement, non seulement les critères dégagés de la pratique décisionnelle européenne pour caractériser des prix comme excessifs (en

⁷ Pour une analyse complète de l'arrêt Deutsche Telekom et de ses répercussions en termes de pratique décisionnelle, se reporter à :

Sibony A.-L., (2011), « La CJUE rend son premier arrêt sur l'abus par compression des marges et confirme que le ciseau tarifaire constitue un abus même lorsque l'un des éléments du tarif de l'entreprise en position dominante a été approuvé par le régulateur sectoriel », *Concurrences*, chronique *Pratiques Unilatérales*, 1-2011, pp.91-95.

⁸ Rappelons que selon l'arrêt Trinko de la Cour Suprême, l'existence d'une régulation sectorielle conduit à ne pas mettre en œuvre les règles de concurrence dans le secteur considéré. La Cour considère que le régulateur sectoriel spécialisé est mieux placé en la matière que le juge en charge de l'application du Sherman Act.

Verizon Communications Inc vs Law Offices of Curtis Trinko, 540 US 398, 2004

⁹ Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 1993

amont) ou prédateurs (en aval) sont bien moins contraignants¹⁰ mais il est possible de caractériser une compression des marges même si les prix ne sont ni excessifs en amont ni prédateurs en aval¹¹.

Seconde différence, la Cour de Justice considère que Deutsche Telekom peut être sanctionnée au titre des règles de concurrence quand bien même ses prix étaient encadrés par une régulation sectorielle et que ces derniers avaient été approuvés par le régulateur allemand des télécommunications. Pour reprendre, les termes de la Cour de Justice, Deutsche Telekom a été sanctionné pour ne pas avoir utilisé les marges de manœuvre tarifaire que lui laissait la régulation sectorielle en matière de prix aval pour éviter de mettre en œuvre un ciseau tarifaire à l'encontre de ses concurrents. En d'autres termes, Deutsche Telekom a été sanctionné pour avoir omis de modifier ses pratiques de prix (pourtant conformes à la régulation) afin d'éviter que l'écart des prix amont et aval ne soient de nature à évincer un *concurrent aussi efficace que lui* sur ce second segment de marché¹².

S'agissant de l'imputabilité de l'infraction, la Cour estime que, même si les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale étaient fixés par les autorités réglementaires nationales, le Tribunal a jugé à bon droit que la pratique de compression des marges en cause était imputable à Deutsche Telekom, dès lors que cette entreprise disposait d'une marge de manœuvre suffisante pour modifier les prix de détail facturés à ses abonnés, bien que ceux-ci fassent l'objet d'une certaine régulation. Comme le souligne A.-L. Sibony, l'usage que fait une entreprise dominante de sa marge de liberté lui est entièrement imputable. En d'autres termes, une restriction de concurrence est appréciée par les autorités européennes à partir de la concurrence qui est possible – i.e. praticable – dans le cadre réglementaire donné¹³.

En d'autres termes, il est de la responsabilité d'un opérateur dominant de ne pas mettre en œuvre des pratiques pouvant conduire à l'éviction de ses concurrents ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de prévenir une telle exclusion, même si les pratiques citées ne seraient pas contraires aux règles de concurrence en elles-mêmes. Pèse donc sur lui l'obligation de ne pas porter atteinte par sa stratégie commerciale à la pérennité d'une structure de concurrence effective sur le marché. Il doit également ne pas omettre de prendre de lui-même les mesures qui permettraient

¹⁰ Gurpegui Ballesteros I. and Szarka A., "Predatory Pricing in the Telecoms Sector: the ECJ Rules on the Issue of Recouping Losses", *Competition Policy Newsletter*, n° 2009-2.

¹¹ Sur ces points, se reporter à :

Marty F., (2011), « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°27, à paraître.

¹² « S'agissant de l'imputabilité de l'infraction, la Cour estime que, même si les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale étaient fixés par les autorités réglementaires nationales, le Tribunal a jugé à bon droit que la pratique de compression des marges en cause était imputable à Deutsche Telekom, dès lors que cette entreprise disposait d'une marge de manœuvre suffisante pour modifier les prix de détail facturés à ses abonnés, bien que ceux-ci fassent l'objet d'une certaine régulation ».

¹³ Sibony A.-L., (2011), op. cit.

de prévenir l'éviction du marché de ses concurrents¹⁴. Cette notion de responsabilité particulière fait peser sur l'opérateur dominant des obligations qui n'ont guère d'équivalents dans le cadre des règles Antitrust américaines et constitue en ce sens l'une des principales sources de divergences transatlantiques.

De cette notion peuvent dériver les positions divergentes dans des affaires aussi marquantes que Microsoft¹⁵ ou Intel¹⁶. Dans le premier cas, le Tribunal confirma la décision de la Commission qui imposa à Microsoft de communiquer à ses concurrents les protocoles d'interface avec son système d'exploitation. Dans le second, la Commission sanctionna Intel pour des rabais de fidélité rétroactifs de nature à exclure ses concurrents du marché. Dans les deux cas, les autorités de la concurrence européennes furent accusées de protéger moins la concurrence que les concurrents des opérateurs dominants en eux-mêmes, ces derniers fussent-ils moins efficaces qu'eux. En d'autres termes, pour éviter l'éviction du marché des concurrents, les autorités auraient sacrifié les intérêts des consommateurs et dans une certaine mesure, l'efficacité économique de long terme, en sanctionnant de façon induue des firmes qui ne devaient leur position de marché qu'à leurs mérites...¹⁷.

La clé de l'opposition entre les vues américaine et européenne réside dans la place dévolue au critère de la maximisation du bien-être du consommateur. Les différences entre les deux approches ne proviennent guère réellement de la rédaction des articles 102 du Traité et de la section 2 du Sherman Act (lesquels sont rédigés dans des termes pour le moins vagues et donc peu contraignants). Elles ne semblent pas non plus procéder des intentions mêmes des rédacteurs du Traité, lesquels considéraient que l'objectif du (futur) article 102 tenait à la promotion de l'efficacité productive¹⁸. En poussant plus loin le raisonnement, il serait même possible de relever que l'esprit initial de la sanction des abus de positions dominantes ne portait pas sur les *abus d'éviction* mais en fait sur les *abus d'exploitation*¹⁹. Il s'agissait en fait d'éviter qu'un opérateur

¹⁴ Même si le tarif a fait l'objet d'une approbation préalable par le régulateur sectoriel, il appartient à l'entreprise dominante d'auto-évaluer la licéité de ses pratiques de marché au regard des exigences de l'article 102.

Sibony A.-L., *Ibid.*

¹⁵ Tribunal, Microsoft Corp v Commission, cas T-201/04, 17 septembre 2007

¹⁶ Commission européenne, affaire COMP/37-990, 13 mai 2009

¹⁷ La différence d'approche avec les Etats-Unis est particulièrement sensible si l'on en juge par le rapport remis au congrès par l'Antitrust Modernization Commission en avril 2007, lequel insistait sur divers points en matière de pratiques unilatérales d'éviction s'inscrivant en opposition avec la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence européenne. Il en va ainsi de la réaffirmation du principe selon lequel les lois Antitrust ne prohibent pas l'existence d'un pouvoir de monopole en elle-même mais seulement son acquisition et sa défense par des moyens impropres ou de celle du principe selon lequel l'objectif final est de protéger le bien-être du consommateur en protégeant la concurrence et non pas les concurrents eux-mêmes.

Barnett T.O., (2010), "Competition law and policy modernization: lessons from the U.S. common-law experience", in Mateus A.M. and Moreira T., (eds.), *op. cit.*, pp. 147-157.

¹⁸ Akman P., (2009), "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 29, n° 2, pp. 267-303.

¹⁹ Joliet R., (1970), *Monopolization and Abuse of Dominant Position - A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Martinus Nijhoff, La Haye, p.681 et s.

puissant n'impose des conditions commerciales léonines à ses partenaires commerciaux – (i.e., dans une approche ordo-libérale, active ses capacités de coercition). En fait, c'est la jurisprudence même de la Cour de Justice avec les arrêts *Continental Can* de 1973²⁰ et *Hoffmann-La Roche* de 1979²¹ qui va conduire l'abus de position dominante vers les abus d'éviction, en plaçant en outre un fort accent sur la question de l'accès au marché des firmes concurrentes à l'opérateur dominant²².

Il apparaît en fait que le droit de la concurrence, à l'instar de tout droit instrumental, ne prend en fait son véritable sens qu'au travers de son activation devant les autorités chargées de son application et de son interprétation. A ce titre, il ouvre des ressources d'action aux parties prenantes pouvant conduire à de réelles inflexions vis-à-vis des intentions originelles des législateurs²³. Le cas de l'article 102 est particulièrement emblématique de tels processus de *processus de régulation juridique automatiques* pour reprendre l'expression d'E. Cohen²⁴. Son sens actuel lui a été donné par la jurisprudence de la Cour de Justice²⁵ qui lui a donné une portée téléologique, celle de la construction du marché intérieur²⁶. Comme l'écrit D. Gérardin, « the ECJ and the General Court largely supported the decisional practice of the Commission, systematically rejecting appeals against these decisions by private parties, often making matters worse by adding a strong 'ordo-liberal' flavor to their judgments²⁷ ».

L'influence ordo-libérale sur la politique de concurrence européenne s'est principalement faite au travers de la pratique décisionnelle de la Cour de Justice. Dans la mesure où l'article 102 a été interprété comme participant d'une ambition de construction d'un marché intérieur, la finalité qui lui a été attribuée dépasse donc la répression des pratiques anticoncurrentielles ou encore la maximisation du bien-être du consommateur. La politique de la concurrence est donc, dans cette perspective, un levier essentiel de la construction européenne. Dans une telle perspective, la défense du processus de concurrence en lui-même, conçu, comme la défense de la liberté d'accès au marché, prime sur l'objectif de maximisation du bien-être du consommateur, qui n'est

²⁰ European Court of Justice, case C-6/72, *Continental Can Company Inc v Commission*, 21 February 1973.

²¹ Cour de Justice, cas C85/76, *Hoffmann La Roche & Co AG v Commission*.

²² Petit N. et Neyrinck N., (2011), « Le droit de la concurrence face au risque d'instrumentalisation parasitaire », in Masson A., *Stratégies juridiques des entreprises*, tome II, à paraître

²³ Marty F., (2004), « Analyse de la libéralisation des industries de réseaux au travers de la jurisprudence du Conseil de la concurrence français », *Revue Internationale de Droit Economique*, tome XVIII, 2004/4, pp.435-460.

²⁴ Cohen É., (1995), « L'Europe entre marché et puissance. Le cas des politiques de l'industrie. Spécialisation, technologie, concurrence, commerce extérieur », in Mény Y., Muller P. et Quermonne J.-L., *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, Paris, 352 p., pp.183-202.

²⁵ Lovdahl-Gormsem L., (2006), "Article 82EC: Where are we coming from and where are we going to?", *The Competition Law Review*, volume 2, n°2, pp.5-25.

²⁶ Gerber D., (1994), "The Transformation of European Community Competition Law", *Harvard International Law Journal*, 35, pp. 97-148.

²⁷ Gérardin D., (2010), "Is the Guidance Paper of the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102TFEU to Abusive Exclusionary Conducts useful?", in Etro F. and Kokkoris I., (eds), *Competition Law and the Enforcement of Art. 102*, Oxford University Press.

que son résultat final²⁸. Une telle logique peut être illustrée à partir d'une récente décision préjudicielle de la Cour de Justice, TeliaSonera. Cet arrêt, du 17 février 2011, traite à l'instar de Deutsche Telekom, de pratiques de ciseau tarifaire²⁹. Elle permet de caractériser l'approche suivie par la Cour de Justice en matière de définition de la notion d'abus de position dominante au sens large et de responsabilité particulière de l'opérateur dominant en particulier.

Si le Sherman Act vise à sanctionner les pratiques de monopolisation, c'est-à-dire les stratégies de marchés permettant d'acquérir, de maintenir ou d'étendre un pouvoir de marché sur une autre base que celle des mérites, l'objectif de l'article 102 est d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union. Il ne s'agit pas en l'espèce de sanctionner la position dominante en elle-même, qui pourrait se définir comme la capacité d'adopter un comportement indépendant vis-à-vis des concurrents, des clients et finalement des consommateurs.

Son acquisition elle-même n'est pas prohibée, dès lors que celle-ci se fait sur la base des mérites. Seul l'abus fait l'objet d'une sanction. Or, selon les termes mêmes de la Cour dans TeliaSonera, l'abus de position dominante vise les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence. De la même façon, dans Deutsche Telekom, la Cour avait indiqué que le ciseau tarifaire mis en œuvre par l'opérateur historique « a également pour effet que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix et, partant, de la perspective d'une réduction, à plus long terme, des prix de détail en raison de la concurrence exercée par les concurrents au moins aussi efficaces sur ledit marché ».

Ainsi, alors que la mission assignée à l'Antitrust par l'Ecole de Chicago tient exclusivement à la défense du bien-être du consommateur, il s'agit, dans le cadre de protéger non seulement le résultat de la concurrence (le bien-être économique global) mais aussi et surtout son processus en lui-même (la liberté d'accès au marché). Les effets possibles des abus de position dominante tels que détaillés dans TeliaSonera témoignent d'une telle prégnance d'une logique ordolibérale. Il en est ainsi des notions de restrictions des possibilités de choix des consommateurs, de l'entrave à l'accès au marché des concurrents ou encore de l'imposition de conditions commerciales inévitables. Le bien-être du consommateur n'est guère à cet aune le critère pertinent.

La notion d'atteinte au jeu de la concurrence conduit inexorablement à la notion de responsabilité particulière de l'entreprise dominante vis-à-vis d'une structure de *concurrence effective*. Dès lors que l'on définit l'abus de position dominante comme tout comportement d'une entreprise, dominante sur un marché ayant pour effet de faire

²⁸ Marty F., (2010), « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *Document de travail OFCE*, n° 2010-30, novembre, 31p.

²⁹ Cour de Justice, 17 février 2011, aff. C-52/09, Konkurrensverket c TeliaSonera Sverige AB.

obstacle, par des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits et des services, au maintien du degré de concurrence encore existant sur le marché ou au développement de celle-ci, il s'ensuit que celle-ci doit concevoir ses pratiques de marché à partir de l'exigence de ne rien faire qui ne puisse mettre en cause une telle structure de marché, voire modifier ces dernières en vue d'éviter une possible atteinte.

L'accent mis sur la préservation d'une structure de marché de concurrence effective peut être certes rapproché par certains égards de l'approche structuraliste qui prévalait jusqu'aux années soixante-dix aux Etats-Unis³⁰. Il n'en demeure pas moins qu'une assimilation de la position européenne à cette logique pourrait s'avérer source de confusions. En effet, la position de la Cour de Justice ne témoigne pas d'une éventuelle « ossification » de sa jurisprudence à partir des standards économiques des années soixante-dix. Il serait dans ce cas possible de conclure à un retard d'adaptation de la politique de concurrence européenne vis-à-vis de son homologue américain³¹. La convergence de la Commission vers une approche plus économique témoignerait d'un nécessaire ajustement aux progrès de la science économique³². Les apparentes résistances de la Cour de Justice vis-à-vis de cette évolution tiendraient à un certain conservatisme lié à l'appui des arrêts sur des précédents reposant sur des raisonnements économiques obsolètes...

En fait, la jurisprudence de la Cour de Justice ne se fonde guère, comme nous l'avons déjà relevé, sur l'approche défendue par l'Ecole de Harvard. L'influence théorique prédominante est indubitablement celle de l'Ecole de Fribourg. La concurrence est conçue dans ce cadre comme une situation de rivalité entre firmes. En d'autres termes, une concurrence potentielle ne saurait suffire pour rendre admissible la sortie du marché d'un compétiteur d'une entreprise dominante. En d'autres termes, l'éviction d'un rival est considérée comme portant préjudice à la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que celle-ci porte atteinte au bien-être du consommateur. Par certains égards, l'éviction par un opérateur dominant est considérée comme anticoncurrentielle en elle-même³³.

L'idée sous-jacente est celle de l'*impediment competition*. Une firme puissante sur le marché ne peut mettre en œuvre des stratégies qui ne font pas sens économiquement en dehors de l'entrave mise à la pérennité ou au développement de ses concurrents³⁴. Il en

³⁰ Marsden P., (2010), Some outstanding issues from the European Commission's Guidance on Article 102: Not-so-faint echoes of Ordoliberalism", in Etro F. and Kokkoris I., *op. cit.*

³¹ Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2571-2593.

³² Marty F., (2007), « Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis : Critères économiques et sécurité juridique », *La Revue de l'OFCE*, n° 100, janvier, pp.85-120.

³³ Marsden P., (2010), *op. cit.*

³⁴ Marty F., (2010), « Politiques européennes... », *op. cit.*

L'opinion de l'AG Kokott dans le cadre de l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire British Airways v Commission (cas C-95/04) est particulièrement représentative de cette optique. Selon ce dernier une

va par exemple ainsi de toute remise de fidélité assise sur des seuils d'approvisionnement que ne pourrait satisfaire une firme de la frange concurrentielle ou encore de pratiques de couplage (ventes groupées ou liées) ne pouvant pas être suivies par des entreprises concurrentes.

Dès lors, il pèse, comme le souligne l'arrêt TeliaSonera, une obligation particulière sur l'opérateur dominant : « selon une jurisprudence constante, il incombe à l'entreprise qui détient une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur ». Dès que l'entreprise dominante met en péril, de façon active ou passive, la pérennité d'une telle structure, elle peut être sanctionnée au titre de la répression des abus de position dominante. Dès lors si la position dominante n'est pas sanctionnée en elle-même, elle n'en constitue pas moins l'*antichambre du crime*. Existe donc une suspicion particulière sur les entreprises concernées.

II – Conséquences de la notion de responsabilité particulière et éventuels facteurs modérateurs

Alors que le principe de la liberté de contracter et de fixer ses prix ne souffre guère de limitations pour une firme puissante, même en situation de monopole – sauf rares exceptions –, dans le cadre de l'Antitrust américain, la politique de concurrence européenne fait peser des obligations spécifiques sur les entreprises dominantes. Celles-ci ont des conséquences majeures en matière de liberté stratégique pour ces derniers³⁵. Nous envisageons, dans cette deuxième partie, les répercussions de ces obligations en termes de liberté stratégique des entreprises concernées mais aussi, et surtout, en termes d'égalité de traitement dans le cadre de la mise en œuvre des politiques de concurrence européennes. Nous nous attachons pour ce faire successivement à deux dimensions. La première tient à la question d'une possible régulation asymétrique de la concurrence dans le cadre européen. La deuxième est relative à l'évaluation de la conformité des stratégies de tels opérateurs sur le marché vis-à-vis des règles de concurrence. Il s'agit en l'occurrence de montrer qu'alors que dans le cas général la démarche suivie par la Commission s'oriente vers une évaluation des effets concrets des pratiques, l'opérateur dominant fait peut être encore face à des interdictions *per se*, du seul fait de sa puissance de marché.

pratique de marché cause un dommage indirect au consommateur dès lors qu' "it is shown that the conduct of a dominant undertaking is likely adversely to affect the structure of competition, unless there is an objective economic justification for it".

³⁵ Comme le relèvent N. Petit et N. Neyrinck, du fait de sa nature de droit d'ordre public « [...] le droit de la concurrence 'prime' – voire même supprime- le droit de la propriété ou encore la liberté contractuelle ».

Petit N. et Neyrinck N., (2011), *op. cit.*

Voir également :

Marty F., (2011), « La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes », *Document de travail du GREDEG*, n° 2011-01, janvier, 39p.

Une régulation asymétrique de la concurrence au détriment de l'opérateur dominant ?

La première question tient à une possible régulation asymétrique de la concurrence dans la cadre de la mise en œuvre des politiques de concurrence. Un éventuel traitement différencié des opérateurs dominants et des firmes de la frange concurrentielle peut se concevoir – sous certaines limites au demeurant³⁶ – dans le cadre d'un secteur anciennement monopolistique en cours d'ouverture à la concurrence, il n'en demeure pas moins qu'il pose des difficultés spécifiques sous l'angle du droit de la concurrence, lequel, selon une lecture particulièrement stricte, sinon restrictive, devrait se limiter à la sanction *ex post* des pratiques anticoncurrentielles...

Or, la politique de concurrence est parfois utilisée à des fins implicites de régulation sectorielle au niveau européen et ce particulièrement dans les secteurs en cours d'ouverture à la concurrence. Dans une certaine mesure – comme le montre d'ailleurs le cas de Deutsche Telekom – la politique de concurrence européenne assure une mission de régulation des différentes régulations sectorielles mises en œuvre aux niveaux de chaque Etat membre³⁷. Dans certains secteurs, à l'instar de l'audiovisuel, la politique de concurrence fait directement office d'instrument de régulation sectorielle, en portant des objectifs, tels le pluralisme, dépassant ainsi le strict cadre de l'efficacité économique³⁸. Dans certains cas, un traitement différencié des opérateurs en fonction de leur puissance de marché peut être mis en évidence. En d'autres termes, les opérateurs dominants feraient l'objet d'un traitement différencié par rapport à celui appliqué à leurs concurrents.

Le domaine des télécommunications et de l'audiovisuel est particulièrement emblématique de cette situation. Les clauses d'exclusivité sur certains contenus audiovisuels dits *premium* (grands films hollywoodiens et certains droits sportifs tels les championnats nationaux de football) font l'objet d'un contrôle différencié. La durée et le champ des clauses d'exclusivité admis par les autorités en charge de l'application des règles de concurrence sont moindres pour un opérateur dominant que pour une firme appartenant à la frange concurrentielle. Si cette régulation asymétrique des clauses d'exclusivité (clés de la concurrence entre les opérateurs soucieux de différencier leurs offres) a d'abord été observée dans le cadre des acceptations de projets de concentration sous conditions (à l'instar de la fusion entre Canal Sat et TPS en 2006 dans

³⁶ Il en est par exemple ainsi dans le secteur des télécommunications mobiles pour les tarifs de terminaison d'appels (somme que doit verser l'opérateur de réseau de l'appelant à l'opérateur de l'appelé). Les opérateurs dotés d'une faible part de marché bénéficient de tarifs plus élevés. Cela permet dans une certaine mesure de compenser les surcoûts que ces derniers supportent inexorablement du fait de leur faible part de marché (statistiquement, leurs abonnés appellent plus des abonnés des opérateurs principaux que l'inverse). Cependant, une telle régulation peut se traduire par un *subventionnement* des opérateurs marginaux par les opérateurs dominants. Le risque d'une telle régulation asymétrique est de favoriser l'entrée (ou le maintien) sur le marché, d'opérateurs inefficients.

³⁷ Monti G., (2008), "Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law", LSE Working Papers n° 8/2008, *London School of Economics and Political Science, Law Department*, 25p.

³⁸ Ibanez-Colomo P., (2007), "Saving the Monospony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector", *Global Competition Law Centre Working Paper*, n°01/07, College of Europe, Bruges, 32p.

le cas français), ces exigences tendent à se développer dans le cadre de procédures d'engagements devant les autorités de concurrence³⁹.

Une telle régulation asymétrique de la concurrence s'observe également en matière de remises de fidélité. Si celles-ci sont *a priori* conformes aux règles de concurrence, il n'en demeure pas moins que la pratique décisionnelle des autorités de concurrence européenne témoigne d'un encadrement particulièrement restrictif pour les rabais rétroactifs mis en œuvre par des opérateurs dominants⁴⁰. De nombreux cas, tels Michelin I en 1983⁴¹, Michelin II⁴² et British Airways en 2003⁴³, Intel en 2009⁴⁴ ou encore Tomra en 2010⁴⁵ attestent d'un tel encadrement asymétrique des remises de fidélité, licites pour des opérateurs marginaux mais faisant l'objet de conditions extrêmement restrictives pour les entreprises dominantes. L'effet forclusif d'une pratique de rabais est considéré par la Commission comme d'autant plus fort que l'opérateur est doté d'une large part de marché, que le seuil de déclenchement est élevé et que les concurrents ne peuvent rivaliser sur une part significative de la demande, notamment du fait de la limitation de leurs capacités de production⁴⁶. La démarche de la Commission, malgré la volonté de converger vers une approche plus économique, repose toujours sur un rapprochement des rabais de fidélité avec les clauses d'achat exclusif, assimilant les deux pratiques dès lors que le seuil de déclenchement des premiers est élevé.

Une politique de rabais mise en œuvre par un opérateur dominant voit ses effets anticoncurrentiels présumés, sans réelle prise en considération des effets sur les consommateurs. Le glissement progressif de l'article 102 des abus d'exploitation vers les abus d'éviction est particulièrement perceptible dans ce genre d'affaires. La pratique en cause peut se traduire par un dommage causé aux concurrents. Il convient cependant de se garder d'assimiler ce dernier au dommage à la concurrence et au dommage aux consommateurs.

Le risque est alors que l'objectif de préservation d'une structure de concurrence effective conduise à contraindre la stratégie de l'opérateur dominant pour maintenir sur le marché des concurrents moins efficaces que lui. Il s'agit alors d'éviter de sanctionner un opérateur proposant des remises allant dans l'intérêt des consommateurs. Un moyen

³⁹ Marty F., (2011), « Convergence numérique et redéfinition des marchés pertinents : quel partage des rôles entre politiques de concurrence et régulation sectorielle ? », communication dans le cadre des 5^{èmes} Journées d'économie de la culture et de la communication, *Culture-Médias et Numérique : Nouvelles questions de concurrence(s)*, Paris, février.

⁴⁰ Marty F. et Pillot J., (2009), « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective », *Revue Economique et Sociale*, n° 2009-4, volume 67, décembre, pp. 65-74.

⁴¹ Cas C-322/81, NV Nederlandse Banden Industrie Michelin v Commission, 1983.

⁴² Cas T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission, 2003

⁴³ Cas T-219/99, British Airways v Commission, 2003.

⁴⁴ Commission européenne, *op. cit.*

⁴⁵ Tribunal, cas T-155/06, Tomra, 9 septembre 2010.

⁴⁶ Commission européenne, (2009), *Orientations sur les priorités de la Commission en matière d'application de l'article 82 du Traité aux abus d'exclusion mis en œuvre par les entreprises dominantes*, Communication, COM(2009)864Final, février.

de prévention d'un tel risque de faux positif dans le cadre de l'application de l'article 102 du Traité tient en fait au critère du *concurrent aussi efficace*⁴⁷.

Ce test peut en effet servir de contrepoids à un éventuel risque de protection induite accordée par les autorités à des concurrents, dont l'éviction du marché ne procéderait dans les faits que d'une concurrence par les mérites, et cherchant à se mettre à l'abri sous la protection des règles de concurrence⁴⁸. Selon ce test, introduit par les orientations de la Commission de février 2009 et utilisé pour la première fois sous cette forme par la Cour de Justice dans l'arrêt *Deutsche Telekom*⁴⁹, une pratique est anticoncurrentielle si elle conduit à l'éviction d'un concurrent qui serait aussi efficace, par exemple en termes de structure de coûts, que l'opérateur dominant.

Juger de l'effet d'éviction anticoncurrentielle des pratiques au regard du test du concurrent aussi efficace permet de prévenir le risque de donner prise à des saisines stratégiques de la part des concurrents, lesquelles seraient préjudiciables au consommateur si l'autorité leur donnait une suite favorable⁵⁰. Il présente également un intérêt au point de vue de la sécurité juridique. Etant que dans le cadre du règlement n°1/2003, les opérateurs doivent évaluer eux-mêmes la conformité de leurs pratiques de marché aux règles de concurrence, ces derniers ne peuvent que se baser sur leurs propres coûts et pas sur ceux de leurs concurrents lesquels leur sont *a priori* inconnus, sauf à supposer des échanges d'informations qui pourraient facilement suffire à caractériser une entente anticoncurrentielle...

Cependant, la mise en œuvre de ce critère fait l'objet de quelques aménagements pouvant affaiblir sa portée tant en matière de sécurité juridique que d'efficacité économique. L'arrêt *TeliaSonera* de février 2011 ouvre la possibilité de prendre en considération les coûts des concurrents de l'entreprise eux-mêmes⁵¹. Une telle prise en compte devient possible si les coûts de l'opérateur dominant ne peuvent être connus ou encore dès lors que « le niveau de coûts de l'entreprise dominante est tributaire précisément de la situation d'avantage compétitif dans laquelle la position dominante place cette entreprise ».

Une telle possibilité peut faire sens économiquement. En effet, le critère du concurrent aussi efficace peut exposer l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence non pas à des *faux positifs* mais à des *faux négatifs*⁵². D'une part, une firme

⁴⁷ Pour une présentation des différents critères, se reporter à la synthèse de :

Hawk B.E., (2010), "The current debate about section 2 of the Sherman Act: judicial certainty versus rule of reason", in Matteus A.M. and Moreira T., (eds), *op. cit.*, pp. 199-237.

⁴⁸ Hovenkamp H., (2006), "Antitrust and the Dominant Firm: Where do we stand?", *Section 2 Hearings*, Federal Trade Commission and the Antitrust Division of US DoJ, <http://www.ftc.gov/os/comments/section2hearings/>

⁴⁹ Sibony A.-L., (2011), *op. cit.*

⁵⁰ Posner R., (2001), *Antitrust Law*, 2nd ed, University of Chicago Press, 304p.

⁵¹ Bosco D., (2011), « Un nouvel arrêt de la Cour de Justice sur l'abus de compression de marges », *Contrats, concurrence, consommation*, avril, commentaire n°96, à paraître.

⁵² Sato Y., (2008), "Antitrust Laws and Exclusionary Conducts", Working Paper, Central Research Institute of Electric Power Industry, Tokyo.

de la frange concurrentielle ou un nouvel entrant ne saurait avoir une structure de coût comparable à une firme contrôlant une large part de marché dès lors que les économies d'échelle et les externalités de réseau sont importantes dans l'industrie, ce qui est particulièrement le cas dans des secteurs tels les télécommunications. D'autre part, l'éviction de concurrents même moins efficaces peut être d'autant plus intéressante pour un opérateur dominant qu'elle permet d'annihiler des sources potentielles de concurrence, et ce d'autant plus que le marché est verrouillé par de fortes barrières à l'entrée (et ainsi de lui assurer pour reprendre l'expression de John Hicks l'avantage le plus précieux de la situation dominante, à savoir *la vie paisible du monopole*⁵³).

Le dommage causé au consommateur sur le long terme pourrait se traduire à la fois par une augmentation à terme des prix (la menace concurrentielle étant écartée) et par une réduction de la diversité des choix possibles. En effet, l'éviction anticoncurrentielle peut faire sens en termes d'augmentation du pouvoir de marché, conçu en l'espèce au travers de la possibilité d'accroître de façon unilatérale ses prix dans une mesure significative et non transitoire (test SSNIP). Le préjudice causé à la concurrence et donc au consommateur passe alors par ces hausses de prix. Or, pour la Commission européenne, elle-même, si l'on suit ses orientations sur les abus d'exclusion publiées en février 2009, considère que les formes d'abus ne se limitent pas à la seule élévation des niveaux de prix. Les abus de dominance peuvent également affecter les innovations sur les biens et services proposés mais aussi leur variété. Le dommage causé au consommateur dépasse alors la seule dimension du bien être du consommateur pour porter, comme la Cour, le souligne dans son arrêt *TeliaSonera*, sur les restrictions induites sur les possibilités de choix des consommateurs, les entraves à l'accès au marché des concurrents mais aussi l'imposition des conditions commerciales inéquitables⁵⁴.

Relevons que si dans le cadre des prescriptions de l'Ecole de Chicago, la maximisation du bien-être du consommateur constitue l'unique critère à disposition de la politique de la concurrence, la pratique décisionnelle européenne considère que la réduction de l'éventail des choix ouverts au consommateur, lui porte directement préjudice, et constitue en elle-même un abus de position dominante⁵⁵.

L'ensemble de ces considérations permettent certes de ne pas limiter la portée de la politique de concurrence à des considérations de prix de court terme mais aussi de tenir

⁵³ Hicks J., (1935), "Annual Survey of Economic Theory: The Theory of Monopoly", *Econometrica*, 3(1), p.8.

⁵⁴ Notons que la définition de la compression des marges à partir de la notion de conditions commerciales inéquitables (i.e. vis-à-vis des conditions « internes » faites à la filiale aval du groupe verticalement intégré) constitue un élément intéressant en ce sens qu'il peut être interprété comme marquant un retour à la lettre du Traité mais également à son esprit initial, celui des abus d'exploitation.

Voir notamment sur ce point :

Bosco D., (2011), *op. cit.*

Sur la question des abus d'exploitation dans la mise en œuvre de l'article 102, voir :

Lyons B., (2007), "The Paradox of Exclusion and Exploitative Abuses", in *The Pros and Cons of High Prices*, Kokurrensverket, Stockholm.

Hubert P. and Comber M.-L., (2011), "Exploitative abuse: The end of the Paradox?", *Concurrences*, n°1-2011, pp. 44-51.

⁵⁵ Tribunal, cas T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, septembre 2007.

compte des situations différenciées des entreprises eu égard à leur puissance de marché actuelle ainsi que de saisir des facteurs tenant à l'efficacité dynamique de la concurrence. Il permet également de traduire le fait que les effets de court terme et de long terme pour les consommateurs d'une pratique de marché donnée peuvent s'avérer forts différents dès lors qu'elle conduit à l'acquisition ou au renforcement d'un pouvoir de marché.

Cependant, cette approche repose sur deux postulats qu'il convient de discuter. D'une part, elle suppose un certain *paternalisme éclairé* des autorités de concurrence vis-à-vis des consommateurs. La politique de concurrence veille sur leurs intérêts à long terme en sanctionnant des pratiques qui ne leur profiteraient qu'à court terme au prix de leur exposition ultérieure à l'exercice d'un pouvoir de marché. L'approche participe du présupposé que l'acquisition d'un pouvoir de marché ne place pas l'entreprise concernée dans une situation transitoire et contestée mais au contraire pérenne. En d'autres termes, la position dominante, conformément à l'approche développée par l'Ecole de Fribourg, est conçue comme irréversible. Le surprofit réalisé par l'entreprise dominante du fait de l'exercice de son pouvoir de marché n'est pas perçue comme suffisante pour susciter de nouvelles entrées de nature à la remettre en cause.

Il n'en demeure pas moins que l'affaiblissement de ce critère peut conduire à accorder une protection induue à des firmes dont la sortie du marché n'aurait résulté que d'une concurrence par les mérites. Il s'agit à nouveau d'un compromis entre efficacité – allocative – de court terme et efficacité – productive – de long terme. Le « pari » fait sur la seconde a donc quelques conséquences de court terme sur le bien-être du consommateur. En effet, le glissement se fait entre un concurrent aussi efficace et un concurrent potentiellement aussi efficace dans le long terme s'il venait à bénéficier des mêmes économies d'échelle et effets de réseau dont bénéficie actuellement l'opérateur dominant.

Une telle « efficacité potentielle » n'est pas sans faire écho à la notion de nouveauté potentielle dans les cas d'activation de la théorie des facilités essentielles en matière de droits de propriété intellectuelle, comme en témoignent les arrêts IMS Health de 2004⁵⁶ et Microsoft de 2007⁵⁷. Elle pose, ce faisant, de mêmes problèmes incitatifs⁵⁸. Elle peut porter préjudice au processus de concurrence lui-même en conduisant les firmes à anticiper de moindres gains futurs liés à l'acquisition éventuelle d'une position dominante. Ceci peut en effet affecter les incitations à investir tant de l'opérateur dominant actuel que de ceux de ses concurrents qui aspirent à le devenir. Elle pose également, en filigrane, la question de la légitimité et de l'opportunité de ce que l'on pourrait considérer comme participant d'une logique de régulation de la concurrence.

⁵⁶ Cour de Justice, aff. C-418/01, 29 avril 2004.

⁵⁷ Tribunal, op. cit.

⁵⁸ Marty F. et Pillot J., (2010), « Divergences transatlantiques en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d'Economie Industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres, pp. 277-300.

Evaluation des effets des pratiques ou prohibitions per se pour les opérateurs dominants ?

Un second exemple de traitement asymétrique au détriment des opérateurs peut être apporté au travers de la question de la mesure des effets concrets des pratiques. La Commission, dans le cadre de sa convergence vers une approche plus économique, a souhaité passer d'une approche essentiellement basée sur des règles juridiques formelles vers une approche fondée sur l'évaluation économique des effets concrets des pratiques⁵⁹. Ses orientations de février 2009, longuement discutées (rappelons que le premier document de consultation avait été publié en décembre 2005), sont censées avoir consacré cette nouvelle approche. Il s'agit d'évaluer le réel préjudice à la concurrence lié aux pratiques en cause en mettant en balance les éventuels dommages à la concurrence avec les gains d'efficacité qui peuvent procéder desdites pratiques et au final bénéficier aux consommateurs.

L'intérêt de cette logique tient notamment au fait que l'éviction des concurrents ne saurait être considérée comme anticoncurrentielle en elle-même et serait sanctionnée que dans la mesure où elle cause un préjudice aux consommateurs. L'arrêt *Deutsche Telekom* d'octobre 2010 et l'arrêt *TeliaSonera* de février 2011 s'inscrivent cependant bien en-deçà de cet objectif. En effet, la Cour de Justice considère que « *la seule existence d'une pratique tarifaire d'une entreprise dominante conduisant à la compression des marges de concurrents au moins aussi efficaces [constitue] pratique abusive au sens de l'article 102 TFUE sans que la démonstration d'un effet anticoncurrentiel soit nécessaire* ».

Une telle position est peut être moins surprenante qu'il n'y paraît au premier abord. D'une part, selon P. Marsden, les orientations elles-mêmes, se caractériseraient par la permanence de deux hypothèses implicites allant à l'encontre d'une réelle évaluation des pratiques des opérateurs dominants sur la base des effets⁶⁰. La première est que l'acquisition ou le renforcement d'une dominance porte un préjudice en soi à la structure concurrentielle du marché. La seconde tient au fait que l'éviction est dans une certaine mesure toujours considérée comme anti-compétitive. Or, celle-ci peut procéder du jeu naturel de la concurrence dès lors qu'elle procède d'une efficacité supérieure de l'opérateur dominant. En d'autres termes, « the Communication provides no guidance at all on 'how much' foreclosure is necessary to trigger Antitrust intervention⁶¹ ».

Il convient également de relever, suivant A.-L. Sibony, que « l'approche des effets reste raisonnablement abstraite⁶² ». En d'autres termes, si la présomption d'un effet anticoncurrentiel demeure, cela peut présenter l'intérêt de ne pas avoir à démontrer de façon concrète l'existence d'un dommage pour le consommateur. Le cas échéant, il serait difficile de sanctionner l'opérateur dominant avant que l'éviction ne soit effective... et

⁵⁹ Petit N., (2009), "From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC", *World Competition*, 32(4), pp. 485-503.

⁶⁰ Marsden P., (2010), *op. cit.*

⁶¹ Petit N., (2009), *op. cit.*, p. 490.

⁶² Sibony A.-L., (2011), *op. cit.*, p. 94.

éventuellement définitive. Il n'en demeure pas moins que si la mise en œuvre de l'article 102 par la Commission n'a pas seulement une portée corrective mais aussi préventive, elle ne peut fonder son intervention « on the basis of unsubstantiated speculation of anti-competitive foreclosure » mais « upon the existence of a credible, or 'likely', risk of foreclosure and consumer harm⁶³ ».

D'autre part, les orientations de la Commission n'indiquent que ses propres priorités pour l'application de l'article 102 du Traité. Or, le Tribunal et la Cour de Justice ne sont pas tenus par ces orientations et fondent leurs pratiques décisionnelles sur des précédents tirant leurs racines de l'inflexion imprimée dans les années soixante-dix vers l'application de la sanction des abus de position dominante. Il n'est pas requis, selon la pratique décisionnelle de la Cour, dans le cas d'une entreprise dominante de démontrer l'existence d'un effet concret d'éviction. Cette position, consacrée notamment dans l'arrêt Michelin II de 2003, conduit à sanctionner l'entreprise dominante dès lors que ses pratiques de marché tendent à porter atteinte à la concurrence ou sont susceptibles d'avoir un tel effet⁶⁴. Une telle approche tire en fait ses racines de l'arrêt Hoffmann-La Roche selon lequel une sanction en l'absence d'évaluation des effets est possible dans la mesure où l'existence même d'une dominance induit déjà une dégradation de la situation de concurrence sur le marché considéré. A ce titre toute pratique de marché d'un opérateur dominant susceptible de contrarier la présence ou le développement des concurrents sur le marché est considéré comme constitutive d'un abus de position dominante.

Il apparaît même, au travers de la jurisprudence européenne, qu'un opérateur dominant peut être sanctionné pour abus d'éviction même si les parts de marché de ses concurrents ont cru sur la période considérée⁶⁵. L'idée est la suivante : en l'absence de pratique abusive, la croissance de la part de marché des concurrents aurait pu être plus importante. A cet aune, la défense d'un opérateur dominant peut apparaître comme désespérée⁶⁶, et ce d'autant plus que le Tribunal et la Cour n'ont jamais annulé une décision de la Commission sanctionnant une entreprise sur la base de l'article 102⁶⁷.

Nul besoin au vu de la pratique décisionnelle d'évaluer les impacts concrets des pratiques sur le marché, l'abus de position dominante peut être caractérisé dès lors que la pratique mise en œuvre rend plus difficile l'accès des concurrents au marché. Nous retrouvons dès lors, la logique de *the impediment competition*, comme l'attestait l'arrêt du

⁶³ Petit N., (2009), *op. cit.*, p. 493

⁶⁴ "The [anticompetitive] effect referred to in the case law...does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement of Article 82EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect".

⁶⁵ Commission, aff. COMP/38.233, Wanadoo Interactive, 16 juillet 2003.

⁶⁶ Petit N., (2009), *op. cit.*

⁶⁷ Gérardin D. and Petit N., (2011), "Judicial Review in European Competition Law: a Quantitative and Qualitative Assessment", *TILEC Discussion Paper*, n°2011-008, Tilburg University.

Tribunal dans l'affaire Deutsche Telekom : « [A] margin squeeze will in principle hinder the growth of competition in the downstream markets⁶⁸ ».

L'arrêt TeliaSonera conduit même à considérer que faute d'effet, l'objet anticoncurrentiel de la pratique peut suffire à caractériser une telle entente. En effet, « la circonstance que le résultat escompté, à savoir l'exclusion de ces concurrents, n'est pas en définitive atteint ne saurait écarter la qualification d'abus au sens de l'article 102 ». En ceci, TeliaSonera confirme l'arrêt du Tribunal de 2007 dans l'affaire France Telecom⁶⁹. La caractérisation d'une intention de forclure le marché suffit à caractériser l'abus quand bien même la pratique en cause n'a pas eu les effets escomptés⁷⁰.

Cependant, l'arrêt Deutsche Telekom d'octobre 2010 intègre quelques garde-fous permettant d'éviter de sanctionner un opérateur dominant sur la base des intentions qui lui sont prêtées. Tout d'abord, une défense sur la base de l'efficacité est toujours possible pour l'opérateur dominant. Il lui incombe dès lors de montrer que le dommage causé à la concurrence s'avère moindre que les gains d'efficacité qui pourraient être répercutés sur les consommateurs. Ensuite, la Cour insiste sur le fait que si la pratique n'a pas d'effet sur les concurrents, en d'autres termes, si elle ne rend pas l'entrée plus difficile, elle ne peut être qualifiée de pratique d'éviction. Ce faisant, le seul objet ne saurait suffire ; il serait nécessaire de montrer que les effets peuvent potentiellement conduire à une éviction.

Il convient par ailleurs de relever que ce même arrêt peut présenter quelques indices d'une relative évolution de la pratique décisionnelle de la Cour, du moins si l'on accorde une importance particulière aux énoncés⁷¹. En effet, la notion d'atteinte à une *structure de concurrence effective*, reprise des arrêts United Brands⁷² et Michelin I a été remplacée par la notion d'atteinte au *jeu de la concurrence*. Est-il possible d'y lire un premier pas vers une analyse laissant une moindre place à la concurrence vue comme une structure de marché caractérisée par une situation de rivalité effective entre firmes ? En d'autres termes, le dommage au consommateur pourrait-il ne plus être présumé à partir du seul effet de la pratique sur la structure du marché considéré⁷³ ?

III – Des fondements des divergences transatlantiques en matière de traitement des pratiques concurrentielles des opérateurs dominants

⁶⁸ Tribunal, aff. T-271/03, Deutsche Telekom v Commission, 2007.

⁶⁹ Tribunal, aff. T-340/03, France Telecom SA v Commission, 2007.

⁷⁰ "Showing an anticompetitive object and an anticompetitive effect may, in some cases, be one and same thing. If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to restrict competition, that conduct will also be liable to have such an effect. [...] Furthermore the fact that the result hoped for is not achieved is not sufficient to prevent being an abuse of dominant position within the meaning of article 82EC" (France Telecom SA v Commission).

⁷¹ Azoulai L., (2009), « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in Mbongo P. et Vauchez A., (dir), *Dans la fabrique du droit européen : scènes, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruylant, Bruxelles.

⁷² Cour de Justice, United Brands v Commission, aff. 27/76R, 5 avril 1976.

⁷³ Sibony A.-L., (2011), *op. cit.*, p.95

La spécificité européenne en matière de traitement des opérateurs dominants présentée, il s'agit de mettre en exergue quelques uns des facteurs pouvant expliquer un tel traitement différencié vis-à-vis des pratiques en vigueur aux Etats-Unis. Il apparaît que deux ensembles de facteurs peuvent expliquer de telles divergences. Un premier tient à des facteurs de nature institutionnels, procéduraux et historiques. Un second peut se relier, comme nous l'avons déjà relevé à l'influence au niveau américain de l'Ecole de Chicago et à la persistance d'une forte influence ordo-libérale dans la politique de concurrence européenne, perceptible notamment dans la pratique décisionnelle de la Cour de Justice.

Tout d'abord, le fonctionnement des politiques de concurrence européenne et américaine doit être remis en perspective avec les contextes historiques qui les ont vu naître les cadres procéduraux et institutionnels dans lesquelles ces dernières se déploient⁷⁴.

La première différence entre les cadres européens et américains tient des contextes historiques de mise en place de la législation de la concurrence des plus spécifiques. Dans le cas américain, il s'agissait dans un climat intellectuel caractérisé par la montée en puissance du courant du *Legal Realism*, considérant que le droit pouvait orienter le développement économique et social dans un sens jugé collectivement souhaitable, en opposition à la *Classic Legal Thought*. Il s'agit aussi de répondre à la tendance à l'extrême concentration du pouvoir économique, suscité par la Seconde Révolution Industrielle. Celle-ci était vécue comme susceptible de mettre en cause le principe du libre marché à la base du pacte social américain⁷⁵. Le risque de verrouillage de l'économie par les *trusts* et la contestation des agissements des *robber barons* justifiaient, comme en témoigna le discours de J. Sherman au Sénat, une intervention législative pour préserver la libre concurrence⁷⁶. Cependant, la loi dû se fondre dans le cadre de la *Common Law* en réinterprétant notamment le concept de *monopolisation* issu de la *common law* anglaise, initialement dirigé contre les monopoles concédés par l'autorité royale⁷⁷.

Le contexte historique dans lequel la politique de concurrence européenne tira ses racines est radicalement différent⁷⁸. Au niveau européen, il s'agissait de construire un marché intérieur dans lequel se déploierait une concurrence libre et non faussée. La

⁷⁴ Marty F., (2010), « La politique de la concurrence », in Montel-Dumont O., *La politique économique et ses instruments*, coll. *Notices*, La Documentation Française, Paris, décembre, pp.173-188.

⁷⁵ Debouzy M., (1991), *Le capitalisme « sauvage » aux Etats-Unis (1860-1900)*, Point Seuil Histoire, Paris, 272p.

⁷⁶ «La conscience populaire est troublée par l'émergence de problèmes nouveaux qui menacent la stabilité de l'ordre social. Le plus sérieux d'entre eux est certainement celui qui découle de l'accroissement, en une seule génération, des inégalités de chances, de conditions sociales et de richesses par la faute de la concentration du capital au sein de vastes coalitions destinées à contrôler le commerce et l'industrie et à détruire la libre concurrence».

Cité par Glais M., (1992), *Economie industrielle : les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec Paris, p.292.

⁷⁷ Bianchi P., (1991), « Politique antitrust et politique de la concurrence dans le contexte européen », *Revue d'Economie Industrielle*, vol. 56, 2^{ème} trimestre, pp.7-26.

⁷⁸ Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

situation de départ était celle de marchés nationaux cloisonnés et caractérisés par une intensité concurrentielle relativement limitée du fait de la place dans les économies des monopoles légaux au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale et des cartels, dont la formation fut encore encouragée comme une des réponses à la crise des années trente. A l'inverse des Etats-Unis, il s'agissait bien moins de préserver une concurrence existante que de construire des marchés concurrentiels. De plus, bien que cette influence fût indirecte, la politique de concurrence a été inspirée – partiellement pour ce qui est de la rédaction des articles du Traité de Rome relatifs aux règles de concurrence et plus significativement en matière de pratique décisionnelle de la Cour de Justice – par les enseignements des juristes et économistes allemands de l'Ecole de Fribourg. Ces derniers, instruits par l'échec de la première loi allemande sur la concurrence promulguée par la République de Weimar et par les risques que fait peser la concentration du pouvoir économique sur les libertés non seulement économiques mais aussi politiques, préconisaient une action publique déterminée pour préserver les libertés économiques des acteurs du marché, au premier rang desquelles la liberté d'accès au marché et la défense contre les possibles conditions léonines ou prix de monopole que pourraient imposer les opérateurs dominants⁷⁹.

Il s'ensuit une méfiance particulière envers la concentration du pouvoir économique. Alors que dans le cas américain, les opérateurs dominants conservent leur pleine liberté contractuelle et peuvent légitimement pratiquer des prix de monopole (il s'agit du meilleur aiguillon pour inciter à la contestation de leur position de marché), la politique de concurrence sera plus influencée par les prescriptions des économistes ordo-libéraux, lesquels préconisent soit que les opérateurs dotés d'un pouvoir de marché se comportent *comme s'ils* en étaient dépourvus, soit pour certains de mettre en œuvre des remèdes structurels, sous forme de cessions d'actifs, pour limiter les risques liés à la dominance. Au-delà de cette influence historique, la politique européenne de la concurrence fût également marquée par les traditions nationales de certains Etats membres conduisant à privilégier une application des règles selon une procédure administrative, soumise à un contrôle juridictionnel.

A l'inverse, le Sherman Act, promulgué en 1890, est mis en œuvre dans un cadre de *Common Law*. Dans le cadre d'une procédure accusatoire, la division Antitrust du Department of Justice (DoJ), engage des poursuites devant les tribunaux de l'ordre judiciaire⁸⁰. Parallèlement, dans le cadre du Clayton Act de 1914, les différentes parties prenantes peuvent engager elles-mêmes des poursuites sur la base des lois Antitrust (*private enforcement*) afin de pallier d'éventuelles décisions des autorités publiques de ne pas engager des poursuites. Elément de spécificité déterminant, ensuite, la sanction prononcée au titre de l'Antitrust ne représente qu'une faible part du risque financier

⁷⁹ Giocoli N., (2009), "Competition vs Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy", *Journal of Competition Law and Economics*, vol.5, n°4, pp. 747-786

⁸⁰ Notons que les règles de fonctionnement de la Federal Trade Commission se rapprochent plus du cadre européen.

encouru par les entreprises. En effet, l'immense majorité des sanctions prononcées sont suivies d'actions en dommages et intérêts, dont l'impact est démultiplié dans le cadre du système juridique américain par des dispositifs procéduraux favorisant les actions de groupe (*class actions*) et conduisant à accorder de substantielles indemnisations financières (règle des triples dommages). Ce faisant, le coût total d'une condamnation sur la base des règles antitrust, sans prendre en compte les poursuites pénales, notamment individuelles, et le coût réputationnel des affaires, peut s'avérer bien plus élevé dans le contexte américain qu'europpéen. Le coût d'un faux positif, c'est-à-dire d'une entreprise sanctionnée à tort peut donc être au final incommensurable, ce qui peut conduire les tribunaux en charge de l'application de ces règles, au premier rang desquels la Cour Suprême, à resserrer progressivement les critères permettant de caractériser une violation de ces dernières⁸¹.

La question du coût économique d'une décision infondée occupe une place importante dans l'explication des divergences transatlantiques. Elle fait de plus écho à une nette différence de vue en matière de fondements théoriques des politiques de concurrence. Comme nous l'avons vu, l'autorité en charge de la mise en œuvre des règles de concurrence se doit d'arbitrer entre deux risques symétriques pour chacune de ses décisions, à savoir le faux négatif et le faux positif. Or, dans l'approche issue de l'Ecole de Chicago, les coûts des deux types d'erreurs ne sont pas symétriques⁸². Les seconds engendrent des coûts supérieurs en termes de bien-être car le processus de marché ne peut corriger ce type d'erreur, dont le coût est démultiplié par les conséquences des actions en dommages et intérêts. L'idée sous-jacente réside, pour les faux négatifs, dans l'existence d'un signal de prix conduisant à de nouvelles entrées dans la branche. Il est fait un pari sur la turbulence des marchés, sur la contestabilité des positions dominantes.

En d'autres termes l'idée d'un marché autorégulateur est sous-jacente à la politique de concurrence américaine alors que dans le cadre de l'approche ordo-libérale la concurrence est tenue pour intrinsèquement autodestructrice dans la mesure où son processus conduit inexorablement à une concentration irréversible du pouvoir économique. Il s'ensuit, pour les économistes ordo-libéraux, la nécessité d'une intervention active des pouvoirs publics sur le processus de concurrence (mais dans le cadre de règles et non de façon discrétionnaire) pour faire pièce à cette tendance. Le traitement différencié de l'opérateur dominant découle inéluctablement de cette approche.

De plus, la politique de concurrence dans le cadre européen revêt une place particulière. Non seulement, celle-ci occupe une place de niveau constitutionnel dans l'approche ordo-libérale mais elle ne constitue pas une politique parmi d'autres pour l'Union. Les

⁸¹ Kovacic W.E., (2010), "Convergence and Divergence in the EU and US Competition Policy", in UKOIK (Polish Office of Competition and Consumer Protection), *Changes in Competition Policy over the Last Two Decades*, pp.469-502.

⁸² Easterbrook F., (1984), "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, vol.63, n°1.

débats autour du Traité Constitutionnel ont mis en évidence l'importance dans la construction européenne de la notion de *concurrence libre et non faussée*. Ce rôle n'a pas été amoindri par le Traité de Lisbonne. La politique de concurrence se place au niveau le plus élevé des politiques européennes et constitue de plus un des principaux leviers de la construction non seulement du marché intérieur mais aussi de l'Union elle-même. Il serait même possible de considérer qu'en l'impossibilité de construire cette dernière par le canal politique (songeons à l'échec du projet de Communauté européenne de la Défense en 1954), la politique de concurrence a fourni un socle de légitimation et de construction du *contrat social* européen⁸³. Dans ce cadre, la question de l'accès au marché ne revêt pas qu'une dimension strictement économique. Elle relève des libertés économiques des firmes non dominantes. La capacité des opérateurs dominants à restreindre leur accès au marché met en cause leur liberté économique. Or, pour les ordo-libéraux la liberté économique (conçue comme la liberté d'accéder au marché) a une valeur qui dépasse la maximisation du bien-être du consommateur – qui n'est que son résultat – elle constitue une condition essentielle des libertés politiques.

A ce titre, l'interprétation des règles de concurrence telle que défendue par la Cour de Justice, s'appuie moins sur une conception économiquement « datée » que sur un modèle d'économie sociale de marché conçue comme l'un des fondements du *contrat social* européen⁸⁴. Une inflexion vers une approche plus économique, telle que défendue – au moins partiellement – par les orientations de la Commission ou par les avis de certains Avocats Généraux⁸⁵, n'aurait pas que des conséquences de nature économique (en termes d'efficacité ou de sécurité juridique des firmes exposées au risque de décisions contradictoires de part et d'autre de l'Atlantique), elle traduirait une évolution majeure dans l'interprétation du Traité et ce faisant dans les valeurs de l'Union. La réaffirmation de ces valeurs ne va pas cependant à l'encontre de toute adaptation si l'on en juge par l'adoption par la Cour du critère du concurrent aussi efficace ou par la substitution de la notion d'atteinte au jeu de la concurrence à celle d'atteinte à une structure de concurrence effective.

Cependant, l'appui réaffirmé sur des arrêts anciens ne témoigne pas seulement du poids des précédents. Il traduit également certaines des valeurs du projet européen. Nous retrouvons ici l'idée selon laquelle la politique de concurrence ne se réduit pas à la mise en œuvre de nature algorithmique de règles de concurrence construites en fonction des

⁸³ Un parallèle doit être fait avec le rôle de la politique de la concurrence dans les premières années de la République Fédérale Allemande, tel qu'analysé par Michel Foucault.

Foucault M., (2004), Naissance de la biopolitique – cours au Collège de France (1978-1979), coll. Hautes Etudes, Gallimard, Seuil, Paris, 355p

⁸⁴ Marty F., (2010), « Politiques européennes... », *op. cit.*

⁸⁵ Songeons par exemple à la proposition de l'AG Mazak en matière de prix de prédation allant dans le sens de l'introduction du critère de la récupération des coûts en seconde période, dans le cadre de l'arrêt France Telecom (CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07P).

Voir également sur ce point :

Calvet H., (2005), « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », *Revue Lamy de la Concurrence*, n°4, août-octobre, pp. 131-138.

prescriptions de la théorie économique⁸⁶ mais procède de choix de nature politique. A ce titre, il ne faut pas concevoir les divergences entre la politique européenne et la politique américaine en termes de retards de la première sur la seconde⁸⁷. Le droit de la concurrence, comme les autres branches du droit, reflète les idéaux et les valeurs d'une société. Une évolution de la politique de concurrence ne procède pas seulement de la prise en compte des progrès de la science économique comme l'a énoncé la Cour Suprême américaine pour rejeter dans *Linkline* le précédent d'*Alcoa* et la conclusion qui avait été alors celle du juge *Learned Hand* selon lequel la firme dominante verticalement intégrée devait déterminer ses prix de façon à laisser un *living profit* à ses concurrents⁸⁸. Elle témoigne de l'évolution des *nécessités perçues du temps* pour reprendre les termes du Juge Holmes⁸⁹, en d'autres termes de celle des préférences collectives en termes du consensus social autour les formes souhaitables de la concurrence et du fonctionnement de l'économie.

Tout comme la question de la diversité des choix des consommateurs ne se résume pas à la dimension du bien-être mais peut dans certains cas toucher à celle du pluralisme, la question de la protection des concurrents ne doit pas seulement être lue sous l'angle d'une sensibilité structuraliste ou d'une préférence pour une économie de PME. Elle fait écho à des arbitrages entre efficacités de court et de long terme mais aussi entre efficacité économique et considérations redistributives. A ce titre, il est nécessaire de reconnaître à la politique de la concurrence sa nature éminemment politique.

⁸⁶ Deschamps M. et Marty F., (2008), « Les politiques de la concurrence sont-elles réductibles à de la théorie économique appliquée ? Réflexions autour de l'affaire Microsoft », *Cahiers de Méthodologie Juridique – Droit Prospectif / Revue de la Recherche Juridique*, n° 22, pp. 2571-2593

⁸⁷ Marsden P., (2010), *op. cit.*

⁸⁸ « Given developments in economic theory and antitrust jurisprudence since *Alcoa*, we find our recent decisions in *Trinko* and *Brooke Group* more pertinent to the question before us »

Marty F., (2011), « Les stratégies de ciseau tarifaire.... », *op. cit.*

⁸⁹ Holmes O.W., (1881), *The Common Law*, Little Brown, Boston